Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

genommen zu werden. In beiden Fällen müſſen ſie die Beiträge ſeit der Zeit ihres hieſigen Etabliſſements nachzahlen. 51) Die Beiträge ſowohl als die erkannten Ordnungsſtrafen werden monatlich durch den anzunehmenden Pedell eingezogen. Wer deren Einzahlung nach zweimaliger durch ſein ſchriftliches Anerkenntniß conſtatirter Aufforderung nicht leiſtet, ſchließt ſich dadurch von dem Vereine aus.

XI.

Ueber die novatio tacita.

Von Herrn Dr. Hepp, Privatdocenten in Heidelberg.

Veränderungen mit einer beſtehenden Obligation kommen im bürgerlichen Verkehr ſo häufig, und auf ſo mancherlei Weiſe vor, daß die Frage: ob eine Novation auch ſtillſchweigend eingegangen werden kann? dadurch zu einer höchſt wichtigen Frage wird.

Selbſt diejenigen Juriſten, welche nach L. 8. Cod. de novat. (8. 42.) die novatio tacita läugnen, hört man Juſtinian's Verordnung ſelten loben, wie dieß z. B. Crell [1]) thut, welcher ſie eine *sapientissima constitutio* nennt. Vielmehr hat man ſie von jeher für unvernünftig und widerſprechend erklärt, und war daher bis auf die neueſten Zeiten herab bemüht, ihr einen andern Sinn und eine andere Bedeutung unterzulegen. Allein man kann ſtrict und ſtreng ihrem Wortverſtande folgen, und muß gleichwohl zugeben, daß ſie auf Gründen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit beruht.

---

1) In ſeiner trefflichen Diſſertation de animo novandi factis expresso. Viteberg. 1737. §. 4. Sie findet ſich im Fasc. 4. der Dissert. et Progammata Crelliana. Halae 1775. 4.

Kann dieſer Beweis geführt werden, ſo dürfte dadurch dem Widerſtreben, welches ihre Anwendung noch gegenwärtig in manchen Gerichten findet, am ſicherſten begegnet werden.

Nach Erell [2]) iſt unter den älteren Rechtslehrern Carpzov faſt der einzige, welcher expressa verba zur Novation verlangt, während Gail, Hertius, Böhmer u. A. ſie auch »ex factis, aut certis atque indubitatis indiciis« zulaſſen, indem ſie ſich darauf berufen, daß, wenn die Umſtände für die Abſicht der Contrahenten, eine Novation einzugehen, ſprächen, alsdann der Vorſchrift der L. 8. Cod. cit. Genüge geſchehe. Denn dieſe verlange nichts weiter als eine expressa partium voluntas, und das tacitum ſey eben ſo wirkſam, wie das expressum. Auch bezeichne *voluntas* (voluntate solum esse, non lege novandum) ſo gut die ſtillſchweigende, als die ausdrückliche Willenserklärung.

Unter den neueren Juriſten hat ſich auch von Löhr [3]) dieſer Theorie angenommen, indem er der Anſicht iſt, Juſtinian habe nur die alten Präſumtionen für den animus novandi, nicht aber den consensus tacitus specialis, aufgehoben. Denn, wenn man auch kein Gewicht darauf legen wolle, daß die Gleichſtellung ſtillſchweigender Willenserklärungen mit den ausdrücklichen dem Juſtinianiſchen Rechte am angemeſſenſten ſey, daß manche Stellen der Compilation hier die Möglichkeit ſtillſchweigender Erklärung deutlich ausſprächen [4]), und daß noch im § 2. J. quib. mod. obl. (3. 29.) und andern Stellen die Möglichkeit der stipulatio Aquiliana anerkannt werde, welche ohne dieſe Vorausſetzung nicht gedacht werden könne; wenn man auch auf alle dieſe Argumente kein Gewicht legen wolle, ſo ſprächen doch folgende Gründe unwiderleglich für die von ihm gebilligte Theorie.

2) a. a. O. §. 3. §. 710.

3) in Deſſen und Grolman's Magazin für Rechtswiſſ. und Geſetzgebung. Bd. 4. H. 1. Nro. 3. S. 29—34.

4) L. 44. §. ult. D. de O. et A. (44. 7.) L. 8. §. 2. 5. D. de novat. (46. 2.)

Im älteren Römiſchen Rechte ſey der animus novandi nicht blos aus concludenten Handlungen geſchloſſen, ſondern, nach der Meinung vieler Juriſten, aus dieſen oder jenen factis vermuthet. Dieſe von den verſchiedenen Juriſten ſogar verſchieden beſtimmten Vermuthungen ſeyen urſprünglich für den Richter nur Regeln geweſen, die ihm die Beurtheilung des individuellen Falles erleichtern ſollten, ſpäter aber (ſeit dem Citirgeſetze) zu geſetzlichen Vermuthungen (Geſetzen) erhoben, und inſofern hätten ſie den Richter auch dann gebunden, wenn aus den individuellen Umſtänden des Falles der animus novandi nicht habe gefolgert werden können.

Juſtinian's Abſicht ſey nur geweſen, dieſe geſetzlichen Vermuthungen aufzuheben, wie der Inhalt der ganzen Conſtitution zeige, deren Zweck darauf gehe, die nocentia novationum volumina zu corrigiren, und die veteris juris ambiguitas zu entfernen. Im Anfange der Verordnung zähle Juſtinian beiſpielsweiſe eine Reihe von Fällen auf, in welchen die alten Juriſten den animus novandi präſumirten, und bemerke, daß in dieſen und ähnlichen Fällen, wo die veteris juris conditores eine Novation präſumirt hätten, fortan keine novatio angenommen werden ſolle, wenn dieß nicht deutlich von den Partheien gewollt ſey. Allein dazu genüge, daß ſie ihren Willen auf irgend eine Weiſe erklärten. Denn daß dieſe Erklärung mit Worten ausgeſprochen werden müſſe, ſtehe nirgend. Vielmehr beſtimme der Schluß der Verordnung gerade das Gegentheil. Denn es heiße dort: es ſolle nicht mehr durch die Anſicht eines alten Juriſten (lege), ſondern nur durch die Abſicht der Partheien (voluntate) eine Novation herbeigeführt werden, und wo dieſe mangele, nie mehr eine Proteſtation nöthig ſeyn, um die Novation zu entfernen.

Auch die Worte der Inſtitutionen ſprächen deutlich für dieſe Anſicht. Denn es heiße im §. 3. J. quib. mod. toll. obl. (3. 29): Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per *hoc autem dubium erat, quando*

novandi animo videretur hoc fieri, et *quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo* nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tum solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt.

Endlich ſtimme damit auch Theophilus überein, und ſage auch nicht, wie man wohl behauptet habe, daß in dem Falle, wo die alte und neue obligatio ex stipulatione ſeyen, ein wörtliches Ausſprechen erforderlich ſey.

Zum Schluß bemerkt v. Löhr, daß, wenn gleich die in L. 8. Cod. cit angeführten Fälle ehemaliger Präſumtionen nur die novatio im engſten Sinn beträfen, doch der Zuſammenhang der Lehre und die Verbindung, in welcher dieſe Verordnung am Schluſſe der Darſtellung der ganzen Lehre von der Novation in den Inſtitutionen abgehandelt werde, dafür ſpreche, daß dieſe Neuerung bei allen Arten der Novation gelten ſolle. Daher werde denn im Zweifel, wenn ein Dritter für den debitor zu zahlen verſpreche, für eine ſogenannte intercessio cumulativa, nicht aber für die ſogenannte intercessio privativa vermuthet werden müſſen.

So weit v. Löhr's Anſicht. Allein ſo ſcharfſinnig ſie auch entwickelt iſt, ſo iſt ſie doch nach meinem Dafürhalten ſchon vollſtändig durch die von Erell a. a. O. §. 3. vorgetragenen Gründe widerlegt. Dazu kommen indeß noch andere, häufig überſehene und faſt noch gewichtigere Gründe! Bevor wir dieſe entwickeln, müſſen wir erſt Juſtinian's Verordnung vernehmen, deren Worte dieſe ſind:

> *Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes*, sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit, vel de-

traxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid *) fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautelae immutari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi *specialiter remiserint* quidem priorem obligationem et *hoc expresserint*, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus *voluntate solum esse non lege novandum;* et si non *verbis* exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνεν καινοτητος Graeci dicunt, causa procedat. *Hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.*

Der Zweck dieſer Verordnung iſt klar ausgeſprochen. Juſtinian will durch ſie die ſchädliche Maſſe der ſeither angenommenen Novationen (novationum *nocentia volumina*) aufheben, und zugleich der Unſicherheit des bisherigen Rechts (ambiguitas juris veteris) ein Ende machen. Beides fällt nicht nothwendig zuſammen, ſondern kann als getrennt gedacht werden. Denn je mehr geſetzliche oder präſumirte Novationen beſtehen, um ſo größere Gefahr wird dem Gläubiger bereitet, weil die neue Obligation ihm weniger Sicherheit gewähren kann, als die alte; und je mehr Zweifel nach §. 3. J. cit. darüber entſtehen, wann der animus novandi anzunehmen oder nicht anzunehmen iſt, um ſo größer wird dadurch die Unſicherheit des Rechts. Streng genommen kann indeß bei Novationen die Unſicherheit nicht größer ſeyn, wie in allen übrigen Fällen, wo der Richter aus den beſonderen Umſtänden und Verhältniſſen des Falles den tacitus consensus zu folgern hat. Streitigkeiten und entgegengeſetzte Anſichten ſind hier freilich unvermeidlich, weil das menſchliche Urtheilsvermögen kein eigenthümliches Regulativprincip für die Rich-

*) d. h. *aliud quid*, wie es in dieſer Bedeutung häufig vorkommt. Vgl. Ernesti Clav. Civ. h. v. Ruhnken ad Vellej. Paterc. 1. 17.

tigkeit seines Gebrauchs hat, und daher sich ungleich, oft widersprechend, äußert. Allein man würde doch zu viel behaupten, wenn man als Folge davon eine eigentliche Unsicherheit des Rechts setzen wollte. Dem vernünftigen Ermessen des Richters müssen einmal die Gesetze gar Manches überlassen, und selbst die Subsumtion eines vorliegenden Falles unter das Gesetz ist ja Sache des Urtheilsvermögens. Sofern nun dieses in der Subsumtion des Besonderen unter das Allgemeine häufig irrt, so müßte man am Ende gar von der ganzen richterlichen Function behaupten, daß sie eine Unsicherheit des Rechtszustandes begründe!

Diese Betrachtung, so wie der Umstand, daß ja in allen übrigen Fällen (und zwar ohne Ausnahme) der consensus tacitus dem expressus gleichsteht, scheinen allerdings einige Zweifel an Justinian's Weisheit hervorzurufen, wenn anders wirklich der Zweck seiner Verordnung ist, die novatio tacita ein für allemal abzuschaffen. Auf der andern Seite ist aber freilich — da ja überall im Römischen Rechte Regeln und Ausnahmen neben einander bestehen — nicht einzusehen, weßhalb Justinian nicht aus guten Gründen den tacitus consensus bei der Novation ausgeschlossen haben sollte; und insofern ist das Berufen auf die Gleichstellung der stillschweigenden Willenserklärung mit der ausdrücklichen mindestens eine petitio principii, indem ja eben die Frage entsteht, ob unsere L. 8. Cod. cit. nicht eine Ausnahme davon mache? Und worin liegt denn das Auffallende einer Ausnahme gerade hier bei der Novation, da wir uns ja überall aus guten, und wohl auch aus schlechten Gründen Ausnahmen von der Regel gefallen lassen müssen?

Wollte Justinian der Rechtsunsicherheit nur dadurch ein Ende machen, daß er die alten Präsumtionen abschaffte, so würde er, wie schon Crell a. a. O. mit Recht bemerkt hat, an die Stelle der Präsumtionen der Juristen, die richterlichen Präsumtionen gesetzt, und dadurch wieder alles in die alte Lage gebracht haben. Denn daß die römischen Juristen ihre Präsumtionen nur so blindlings aus der Luft griffen, davon sagt

Juſtinian kein Wort, und wir dürfen dieß auch zu ihrer Ehre nicht wohl präſumiren, indem Juſtinian von den veteres juris conditores ſpricht, womit er bekanntlich immer die großen claſſiſchen Juriſten bezeichnet. Inſofern konnten ihre Präſumtionen nur auf gewiſſen, nach ihrer Ueberzeugung concludenten Handlungen gegründet ſeyn, und dann dürfen wir nicht zweierlei Arten der ſtillſchweigenden Novation annehmen, nämlich ſolche, die auf wirklich concludenten Handlungen, und ſolche, die auf bloßen Präſumtionen der Juriſten beruhten; vielmehr ſind die praesumtiones in den Inſtitutionen offenbar die in L. 8. Cod. cit. genannten Fälle der novatio tacita, welche die ältern Juriſten eingeführt hatten (introduxerunt).

Aber noch mehr! Juſtinian ſpricht in der L. 8. Cod. cit. — und dieß iſt doch die Hauptſtelle — ſo wenig von den verführeriſchen praesumtiones, wie davon, daß die Juriſten in dieſer Beziehung uneinig geweſen ſeyen, und dadurch eine Unſicherheit des Rechtszuſtandes begründet hätten. Es findet ſich darin ſo wenig eine Spur von Meinungsverſchiedenheiten der Juriſten unter ſich, daß vielmehr Juſtinian eine ganze Reihe von Fällen aufzählt, in welchen ſie einſtimmig eine novatio tacita annahmen. Damit ſtehen auch die Worte der Inſtitutionen: alii in aliis casibus introducebant, nicht im Widerſpruch. Denn damit iſt nur geſagt, daß von den Juriſten der eine in dieſem, der andere in jenem Falle eine Novation angenommen habe, wodurch denn nach und nach die ſtillſchweigenden Novationen zu einer großen Maſſe anwuchſen. Waren ſie nun aber unter ſich nicht uneinig, ſo konnte Juſtinian keinen vernünftigen Grund haben, ſich bloß auf die Abſchaffung ihrer Präſumtionen zu beſchränken; nicht zu gedenken, daß, wenn dieſelben ſeit dem Citirgeſetze Geſetzeskraft erhalten hatten, durch dieſes ja auch der Streit der Juriſten unter ſich geſchlichtet worden war, und daher Meinungsverſchiedenheiten nicht weiter die Gerichte verwirren konnten. Endlich iſt auch nicht einzuſehen, wie aus der Anwendung dieſer geſetzlichen Präſumtionen auf vorkom-

mende Fälle ein Mißverhältniß habe entstehen können. Denn entweder waren die factischen Verhältnisse und Voraussetzungen, worauf die älteren Juristen die novatio tacita gründeten, wirklich in concreto vorhanden, oder sie waren nicht vorhanden. In jenem Falle hätte der Richter auch ohne sie, nach den allgemeinen Grundsätzen vom tacitus consensus, eine novatio tacita annehmen müssen; in diesem dagegen konnte das Gesetz nicht zur Anwendung kommen, weil es auf den vorliegenden Fall nicht paßte. Hieraus dürfte wohl hervorgehen, daß Justinian vielmehr eine durchgreifende Reform bezweckte, vermöge welcher die stillschweigenden Novationen ein für allemal abgeschafft werden sollten, und dazu fehlte es ihm auch nicht an vernünftigen Gründen.

Veränderungen mit einer bestehenden Obligation kommen im bürgerlichen Handel und Verkehr fast toto die vor. Da nun mit der Novation die accessoria der alten Obligation, z. B. Bürgen, Pfänder, und Conventionalstrafen [5]) erlöschen, wenn sie nicht ausdrücklich auf die neue Obligation bezogen werden [6]), und bei der delegatio passiva der Gläubiger im Fall der Insolvenz des neuen Schuldners seine ganze Forderung verliert: so ist gerade hier der Gläubiger mehrfachen Gefahren ausgesetzt, denen er nur durch besondere Vorsicht und Klugheit entgehen kann. Insofern liegt in der Annahme der novatio tacita eine gewisse Härte, die oft zu großen Unbilligkeiten führen kann. Denn wie die Erfahrung lehrt, so nehmen die Contrahenten häufig Veränderungen mit einer Obligation vor, ohne daß der Gläubiger auch nur im Entferntesten ahnet, welche Rechtsnachtheile daraus für ihn erwachsen können. Ja oftmals glaubt er durch die getroffene Veränderung eine erhöhte oder vermehrte Sicherheit zu erlangen, und muß nun hinterdrein wahrnehmen, daß er sich auf's ärgste getäuscht, und sein ganzes Recht eingebüßt habe. Endlich gehört auch schon einige

5) L. 18. u. 15. D. h. t. (46. 2.) L. 2. Cod. eod. (8 42)
6) L. 21. D. qui pot. (20. 4.)

Rechtskenntniß dazu, den Unterschied zwischen dem constituto debiti proprii und der Novation einzusehen, und auch dadurch kann der rechtsunkundige Gläubiger in Schaden gebracht werden. Diese Wahrheiten wird jeder Praktiker bezeugen müssen, so oft die Frage entsteht, ob tacite novirt sey? Zum wenigsten fehlt es mir bei meinen geringen Erfahrungen nicht an mancherlei bestätigenden Beispielen. Wenn nun Justinian, um dieser Unbilligkeit abzuhelfen, verordnet, die novatio tacita solle zum Vortheil des Gläubigers abgeschafft werden, damit er nicht unbewußt in die Gefahr, das Seinige zu verlieren, gerathe: so dürfte diese Verordnung ein billiges Gesetz genannt werden, und auf dem Satze beruhen, daß man den Gläubiger möglichst in dem zu schützen habe, was er einmal erworben hat. Wenn dagegen der Gläubiger expressis verbis eine Novation eingegangen ist, so kennt er zum voraus die Vortheile und Nachtheile, die daraus entstehen können, und hat im letzteren Falle es sich selbst zuzuschreiben, wenn er dabei verliert. Jedenfalls kann der rechtsunkundige Gläubiger, welcher noviren will, und das Wesen und die Folgen der Novation nicht kennt, sich darüber belehren lassen. Dieß kann man aber demjenigen, welcher an eine Novation nicht dachte, nicht wohl zumuthen; und wenn er gleichwohl nach streng juristischen Auslegungsregeln die Novation gegen sich gelten lassen muß, so trifft ihn ein Nachtheil, denn er nicht einmal vermeiden konnte. Zugleich certirt er de damno vitando, und muß daher aus diesem doppelten Grunde billig geschont werden.

Diese den Gläubiger oft unschuldig treffende Gefahren bezeichnet Justinian durch den Ausdruck: *nocentia* volumina novationum, welche um so häufiger eintreten mußten, je größer die Masse der stillschweigenden Novationen war. Deßhalb, zugleich aber auch um der *ambiguitas veteris* juris ein Ende zu machen, schaffte sie Justinian ab. Hiebei darf man nicht gerade an Controversen der älteren Juristen unter sich denken. Vielmehr geht aus §. 3. J. cit. hervor, daß Justinian an etwas

anderes dachte. Es heißt nämlich dort: die älteren Juriſten hätten allgemein angenommen (inter veteres constabat), daß der animus novandi auch ſtillſchweigend erklärt werden könne. Dieß habe aber zu Zweifeln geführt, wann der animus novandi anzunehmen ſey (per hoc autem *dubium erat*, quando novandi animo videretur hoc fieri), und dabei (d. h. um dieſe Zweifel zu heben) hätten die älteren Juriſten aus verſchiedenen Factis verſchiedene Präſumtionen gebildet. *Ideo*, heißt es weiter, nostra processit constitutio etc., d. h. um dieſe, durch die Präſumtionen der Juriſten noch nicht gehobenen Zweifel völlig zu vernichten, erging unſere Verordnung u. ſ. w. Mithin kann Juſtinian unter der ambiguitas juris nichts anderes verſtehen, als daß es *in concreto* immer zweifelhaft geweſen, ob die Partheien wirklich tacite novirt hätten. Zwar waltet dieſelbe Ungewißheit auch in den übrigen Fällen des tacitus consensus ob. Allein dieſe Zweifel mußten im Prari gerade bei der Novation am häufigſten hervortreten, weil beſtehende Obligationen faſt toto die und auf ſo mancherlei Weiſe abgeändert zu werden pflegen *), wogegen im Uebrigen die Grundſätze vom tacitus consensus verhältnißmäßig ſeltener zur Anwendung kommen. Sofern alſo ambiguitates juris gerade hier am häufigſten eintraten, konnte Juſtinian ſein beſonderes Augenmerk gerade auf ſie richten; und daß im bürgerlichen Leben der Römer Novationen zu den tagtäglichen und gewöhnlichſten Vorfällen gehörten, lehrt ſchon der Umſtand, daß die Römiſchen Juriſten hier eine ganze Maſſe von ſtillſchweigenden Novationen (volumina) gebildet hatten, während ſie ſich im Uebrigen beim tacitus consensus nicht die Mühe gaben, das Beſondere zu erſchö-

*) Vix enim dies elabitur, quin apud judicem de eo certetur, an novatio huic vel illi pacto insit, nec ne, nihilque frequentius ad aures accidit, quam novationis et delegationis vocabula. Hasse, Diss. an novatio voluntaria esse possit citra stipulationem. Kiloniae 1811. §. 1.

pfen, ſondern lediglich auf das Allgemeine verweiſen, und nur hin und wieder ein Beiſpiel zur Erörterung geben.

Juſtinian's Verordnung ſchneidet zugleich das endloſe Gezänke der Partheien (denn wer weiß nicht, daß gerade hier Gläubiger und Schuldner pro aris et focis zu kämpfen pflegen?), und die dem Richter ſich aufdrängenden Zweifel mit einem Male ab. Es ſoll Ruhe und Sicherheit hergeſtellt werden, weil die Anſicht des älteren Rechts von der ſtillſchweigenden Novation den Gläubigern eine Schädlichkeit, und zugleich eine Unſicherheit des Rechts bereitete!

Dadurch ſcheint in der That die Abweichung der L. 8. C. de nov. von der Regel, nach welcher die ſtillſchweigenden Willenserklärungen den ausdrücklichen gleichſtehen, hinreichend motivirt, und inſofern Juſtinian's Neuerung eine billige und zweckmäßige Neuerung. Weniger Gewicht möchte ich mit Crell a. a. O. §. 2. (zumal Juſtinian ſelbſt die Motive ſeiner Neuerung angibt) darauf legen, daß — wie nun einmal die Menſchen ſeyen — die ſtärkſte Präſumtion dagegen ſtreite, daß der Gläubiger ſeinen Schuldner habe entlaſſen wollen, indem man es vielmehr darauf anzulegen pflege, ihn mit immer feſtern Banden zu umſtricken. Allerdings kann man dieſe praesumtio hominis zu den Momenten zählen, welche im Allgemeinen der Annahme einer novatio tacita entgegenſtehen, mithin die ambiguitas juris vermehren. Allein ſchwerlich hatte Juſtinian dieſe Präſumtion, und zwar vorzugsweiſe, mit im Auge! Auch beruft ſich Crell ſelbſt (a. a. O. §. 4.) zur Rechtfertigung ſeines günſtigen Urtheils über Juſtinian's Neuerung eigentlich nur darauf, daß die novatio tacita zu einer unvermeidlichen ambiguitas juris führe. »Semper enim aliquid excogitabitur ex quo oriri possit aliqua suspicio, quasi creditor decessisse a priore obligatione et novam praetulisse videatur, si superstitionibus et conjecturis locum damus.«

Juſtinian führt beiſpielsweiſe eine Reihe von Fällen auf, in welchen die älteren Juriſten eine tacita novatio annahmen, z. B. wenn eine Veränderung in der Perſon des Schuldners

oder des Gläubigers, oder im Object vorgenommen wurde, oder wenn Bürgen, Pfänder u. s. w. hinzukamen *), und bemerkt, daß in allen diesen und sonstigen Fällen die alte Obligation fortbestehen, und die neue als »incrementum« zu ihr hinzukommen solle, nisi ipsi *specialiter* remiserint quidem priorem obligationem, et *hoc expresserint* quod secundam magis pro anterioribus elegerint.

Wenn man sich nun darauf beruft, daß hier von einer wörtlichen Erklärung (von verbis expressis) nicht die Rede sey, so läßt sich dieß schon aus dem römischen Sprachgebrauche widerlegen. Denn die Ausdrücke: *specialiter* remittere, und *exprimere* deuten gerade auf das namentliche, ausdrückliche Entlassen. So z. B. heißt es in L. 2. §. 1. D. de dolo malo (44. 4.): et quidem illud annotandum est, quod *specialiter exprimendum* est, de cujus dolo quis quaeratur, non in rem, d. h. es muß namentlich in der Klagformel enthalten seyn; und so setzt auch Paulus in L. 4. §. 2. D. de pact. (2. 14.) das tacitum dem *expressum* entgegen, indem er sich des Ausdruckes bedient: quasi hoc *expressum* fuisset; zum Beweise, daß das exprimere auf die wörtliche Erklärung geht. Danach ist auch die L. 58. D. de O. et A. (45. 1.) zu interpretiren, worin es heißt, daß, wenn die zweite Stipulation mehr als das Object der ersten enthalte, alsdann eine stillschweigende Novation anzunehmen sey; nicht aber in dem umgekehrten Falle, nisi animo novandi hoc facere *specialiter expresserit.*

Doch die etwanigen Zweifel werden völlig durch die Schlußworte unserer Verordnung besiegt, welche so lauten: et gene-

---

*) *Adhibere* heißt dazunehmen, also z. B. als Bürgen oder correus; *mutare* bezieht sich dagegen auf die Person des Schuldners oder des Gläubigers. *Tempus addere* heißt einen dies der Obligation hinzufügen, und *detrahere tempus vel conditionem*, eine obl. conditionalis oder ex die in eine obligatio pura umwandeln. Vgl. Gajus §. 176—9.

raliter definimus *voluntate* solum esse, non *lege* novandum: et *si non verbis exprimatur*, ut sine novatione . . . causa procedat Hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.

Hier erklärt Juſtinian ſelbſt, daß er unter dem Ausdruck exprimere die wörtliche Erklärung verſtehe (et si non *verbis* exprimatur), und damit ſtimmt auch das »*voluntate*« im Gegenſatz von »lege« überein. Es ſoll fortan, ſagt Juſtinian, keine Novation mehr in den ſeither geſetzlich angenommenen Fällen (lege) Statt finden, ſondern voluntate *solum* novandum est. Unter voluntas iſt aber, wie ſchon aus den Worten: *verbis exprimere* hervorgeht, die namentliche, ausdrückliche Vereinbarung zu verſtehen; und ſo kommt voluntas auch in L. 5. Cod. loc. cond. (4. 65.), und in L. 5. §. 1. D. in quib. caus. pign. (20. 1.) vor. In der letzteren Stelle heißt es nämlich: item illud videndum est, *voluntate domini* induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum, d. h. es kann vertragsmäßig (und dazu bedarf es natürlich der Einwilligung des Vermiethers) feſtgeſetzt werden, daß die invecta et illata nur für einen Theil, und nicht für die ganze Summe des Miethzinſes haften ſollen. Dieß läßt ſich ohne ausdrückliche Verabredung nicht denken. Auf ähnliche Weiſe heißt es in der L. 5. C. cit.: certi juris est, ea quae *voluntate dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis praediorum teneri, d. h. wenn die Verpachter ſich die Illation gewiſſer Sachen ausbedungen haben (und dieß kann gleichfalls nur ausdrücklich geſchehen), ſo erhalten ſie ein Pfandrecht daran.

Auf dieſe Weiſe erklären ſich die Ausdrücke: *specialiter, exprimere, voluntas, verbis exprimere* wechſelſeitig durch einander. Da nun Juſtinian unmittelbar vorher geſagt hat, daß si non verbis exprimatur, *sine novatione causa procedat,* ſo können die oft mißverſtandenen Schlußworte: hoc enim naturalibus (Hal. naturaliter) rebus inesse volumus, et non verbis extrinsecus supervenire nur den Sinn haben: das

Nicht-Noviren soll in der Natur der Sache liegen, und nicht erst durch Protestationen von außen her herbeigeführt werden — wie solches vordem nöthig war, um sich gegen die Annahme einer stillschweigenden Novation zu wahren.

Die Glosse gibt eine andere Erklärung, die mir aber unrichtig scheint. Bei hoc denkt sie an die Novation, und bezieht naturalibus nicht auf rebus, sondern auf verbis, also daß der Sinn dieser ist: volumus hoc (i. e. novationem, vel ut novatio fiat) rebus inesse verbis naturalibus (i. e. naturaliter prolatis), et non verbis extrinsecus supervenire. Das Gezwungene und Unnatürliche dieser Erklärung leuchtet von selbst ein. Sind denn — um nur eins zu bemerken — nicht auch Protestationen verba naturalia oder naturaliter prolata?

Diese Ansicht, wonach ohne verba expressa keine Novation, und zwar schlechthin in allen Fällen, anzunehmen ist, scheint auch in unsern Tagen immer mehr die herrschende zu werden. Ihr folgen z. B. Thibaut [7]), Wening-Ingenheim [8]), Mackeldey [9]), Gesterding [10]) und Andere, und unter den ältern Rechtslehrern Carpzov, Voorda [11]), Crell [12]), Höpfner [13]) und mehrere Andere. Die oben erwähnten Einwendungen stehen dieser Theorie auch nicht entgegen. Denn

1) wenn die expressa conventio zur Form der Novation gehört, so kann das tacitum nicht dem expressum gleichstehen;

2) ist es jedenfalls eine petitio principii, wenn man sich auf jene Rechtsregel beruft, wie bereits oben erinnert ist, und

---

7) System der Pandekten §. 936. und 937. not. s. u. x.

8) Civilrecht Buch 3. §. 117. not. x. u. y. und §. 369. not. k.

9) Lehrbuch §. 496. Nro. 2.

10) im Arch. f. civ. Prax. Bd. 2. H. 2. Nro. 19.

11) Interp. jur. Lib. 2. cap. 16.

12) Anm. 1. cit.

13) Commentar §. 989. a. E.

3) eben so wenig einzusehen, weshalb sie nicht aus Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit eine Ausnahme zulassen sollte;

4) kann unter voluntas nicht sowohl die stillschweigende, als die ausdrückliche Willenserklärung verstanden werden, weil Justinian selbst diesen Ausdruck durch expressa conventio (verbis exprimere) erklärt, und endlich

5) ist es ganz vergeblich, sich gegen eine im Codex vorgenommene Veränderung auf Pandektenstellen zu berufen, nach welchen noch tacite novirt werden konnte.

Nach diesen Grundsätzen wurde auch kürzlich vom hiesigen Spruchcollegio folgender Fall entschieden. N. N. hatte seiner Familie sein gesammtes Vermögen unter der Verbindlichkeit, seine Schulden zu übernehmen, und ihm eine jährliche Rente zu zahlen, abgetreten. Die Cessionare erwirkten hierauf eine Edictalladung, worin sie den Gläubigern des Cedenten die geschehene Cession anzeigten, und sie aufforderten, zum Zweck eines gütlichen Arrangements ihre Forderungen anzumelden. Demzufolge profitirte auch der Gläubiger X. mehrere Forderungen, jedoch nur im Allgemeinen, ohne jede einzeln näher anzugeben. Aufgefordert zur Specificirung und Liquidation derselben, und zwar sub poena praeclusi, unterließ er solches, und wurde in Folge dieser Nachlässigkeit von der cedirten Vermögensmasse ausgeschlossen. Er legte dagegen Rechtsmittel ein, jedoch ohne Erfolg. Einige Jahre darauf hatte der Cedent neue Schulden contrahirt, weßhalb seine Gläubiger zur Angabe ihrer Ansprüche aufgefordert wurden. Unter diesen Gläubigern trat auch der vorerwähnte, von der cedirten Masse präcludirte, X. auf, indem er dießmal jede einzelne Forderung auf's genaueste liquidirte. Nunmehr entstand die Frage, ob er noch mit seiner Forderung zu hören sey. Der in der Debitsache bestellte Contradictor bestritt dieß unter andern Gründen auch deßhalb, weil der X. dadurch, daß er der frühern Edictalladung der Cessionare entsprochen, daß er gegen sie seine Forderung gemeldet, und

gegen das erfolgte Präcluſivdecret Rechtsmittel eingewandt habe, auf die concludenteſte Weiſe den alten Schuldner entlaſſen, und einen neuen (die Ceſſionare) angenommen habe. Es liege hier alſo eine perfect gewordene Delegation vor.

Demgemäß wurde auch in dem Urtheile erſter Inſtanz der Gläubiger X. mit ſeiner Forderung abgewieſen, unter Berufung auf L. 2. Cod. de pactis (2. 3.). In zweiter Inſtanz erging ein reformatoriſcher Beſcheid, weil, wenn gleich der animus novandi aus concludenten Handlungen gefolgert werden könne, hier doch kein factum concludens vorliege, aus welchem ſich der animus novandi mit Nothwendigkeit ergebe. Ueber dieſe Frage wurde denn, wie ſich erwarten läßt, in der Reviſionsinſtanz ausführlich unter den Partheien verhandelt. Allein das hieſige Spruchcollegium beſtätigte den letzten Beſcheid, theils weil die L. 8. Cod. cit. keine ſtillſchweigende Novation zulaſſe, theils weil es nach der ganzen Sachlage an facta concludentia fehle, um ſo mehr, da in den früheren Verhandlungen der X. gegen die Delegation mehrfach proteſtirt hatte.

Die L. 2. Cod. de pactis, worauf ſich das Urtheil erſter Inſtanz bezog, kann unter dieſen Umſtänden, und zwar um ſo weniger in Betracht kommen, da ſie von *actiones movisse* gegen den Ceſſionar ſpricht, in vorliegendem Falle aber der Gläubiger ſeine Forderung nicht durch eine Klage gegen die Ceſſionare verfolgt hatte, ſondern das ganze frühere Verfahren ſich nur darauf bezog, ob derſelbe zur Liquidation ſeiner Forderung gegen das cedirte Vermögen zuzulaſſen ſey, oder nicht.

Bei dieſer Gelegenheit ſcheint es nicht überflüſſig, um einer ferneren falſchen Anwendung der L. 2. Cod. cit. zu begegnen, auf eine kleine Inconſequenz aufmerkſam zu machen, die ſich in unſere neueren Compendien eingeſchlichen hat. Es ſoll nämlich [14]) der Erbe, welcher die Erbſchaft verkauft hat,

14) z. B. Thibaut Pandekten-Syſtem §. 736. a. E. Wening-Ingenheim B. 5. §. 190. a. E.

ſchon dann von den Erbſchaftsgläubigern liberirt werden, wenn dieſelben eine Klage gegen den Käufer angeſtellt haben. Dieß ſteht allerdings in der L. 2. Cod. cit. Allein offenbar wird in dieſem Reſcripte Sever's eine novatio tacita (delegatio passiva) aus der Anſtellung der Klage gefolgert, und dieß iſt mit Juſtinians Neuerung nicht mehr vereinbar, mithin die L. 2. C. cit. wohl nur als hiſtoriſches Fragment anzuſehen. Auch läßt ſich in der That noch darüber ſtreiten, ob denn wirklich bei der Abtretung des geſammten Vermögens oder einer hereditas, in der bloßen Anſtellung der Klage gegen den Ceſſionar ein factum concludens liege? Denn der Gläubiger kann ſich hier immer darauf berufen, er habe nur den Verſuch machen wollen, auf eine leichtere und ſichere Weiſe zu dem Seinigen zu gelangen, nöthigenfalls aber ſeinen urſprünglichen Schuldner noch immer in Anſpruch nehmen wollen; zu geſchweigen, daß die Anſtellung der Klage gegen den Ceſſionar eine res inter alios acta ſey, woraus der Schuldner keine Rechte für ſich ableiten könne. Inſofern ſie daher mehr als Eine Auslegung zuläßt, dürfte ſie kaum einmal als factum concludens anzuſehen ſeyn. Und gerade das bedachte wohl Juſtinian, daß der Gläubiger ſich durch dieſe und ähnliche Argumentationen in den mehrſten Fällen gegen den tacitus animus novandi verwahren könne, weil die Präſumtion keineswegs für das Entlaſſen des Schuldners aus dem Obligationsnexus ſtreitet.